



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Mercantil

Curso 2017/2018

LAS INFRACCIONES INDIRECTAS COMO MECANISMO PARA LA ADECUADA REMUNERACIÓN DE LOS AUTORES

Antonio Alonso-Bartol Bustos

Fernando Carbajo Cascón

Junio

2018

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Mercantil

**LAS INFRACCIONES INDIRECTAS
COMO MECANISMO PARA LA
ADECUADA REMUNERACIÓN DE
LOS AUTORES**

**INDIRECT VIOLATIONS AS A
MECHANISM FOR THE PROPER
REMUNERATION OF AUTHORS**

Antonio Alonso-Bartol Bustos
antonioabartol@usal.es

Tutor: Fernando Carbajo Cascón

RESUMEN

La responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información todavía plantea ciertos problemas en relación con su configuración en el ordenamiento jurídico. A lo largo de las siguientes líneas analizaremos los diferentes puntos controvertidos en la doctrina y en la jurisprudencia y, en la medida de lo posible, daremos una respuesta a estas discusiones.

A estos efectos, comenzaremos con un estudio de las infracciones indirectas de derechos de propiedad intelectual preexistentes en nuestra legislación. En segundo lugar, haremos un análisis de la jurisprudencia más relevante hasta nuestros días en España, en la Unión Europea y en Estados Unidos. En tercer lugar, realizaremos un repaso de la doctrina más relevante sobre el contenido del Art. 138.2 TRLPI y de las exenciones para los intermediarios de la sociedad de la información previstas en la LSSICE. Finalmente, expondremos las conclusiones más relevantes obtenidas de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: propiedad intelectual, infracciones indirectas, Web 2.0, intermediarios de la sociedad de la información, puerto seguro.

ABSTRACT

The responsibility of the intermediaries of the information society still poses certain problems in relation to their configuration in the legal system. Throughout the following lines we will analyze the different controversial points in the legal doctrine and in the case law and, as far as possible, we will give an answer to these discussions. For these purposes, we will begin with a study of the indirect violations of intellectual property rights preexisting in our legislation. Secondly, we will analyze the most relevant jurisprudence to date in Spain, the European Union and the United States. Third, we will review the most important doctrine on the content of Art. 138.2 TRLPI and the exemptions for intermediaries of the information society provided in the LSSICE. Finally, we will present the most relevant conclusions obtained from this work.

KEYWORDS: intellectual property, indirect violations, Web 2.0, intermediaries of the information society, safe harbour.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EVOLUCIÓN DE LA INFRACCIÓN INDIRECTA	8
2.1. <u>Antecedentes</u>	8
2.1.1. Infracción indirecta marcara	8
2.1.2. Infracción indirecta de derechos de autor	9
2.2. <u>Evolución de la jurisprudencia en España y en la UE</u>	11
2.2.1. Los tribunales niegan la posibilidad de imputar responsabilidad por infracciones indirectas	11
2.2.2. Los tribunales reconocen la necesidad de implantar la responsabilidad por infracciones indirectas	14
2.2.3. Los tribunales reconocen la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información	15
3. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN INDIRECTA EN ESPAÑA	23
3.1. <u>Inducción a la infracción</u>	23
3.2. <u>Cooperación a la infracción</u>	24
3.3. <u>Responsabilidad por beneficio económico y capacidad de control sobre la conducta infractora</u>	28
3.4. <u>Cláusula de exención para los intermediarios de la sociedad de la información</u>	30
4. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN INDIRECTA EN LA UE	34
5. LA REMUNERACIÓN ADECUADA DE LOS AUTORES	34
6. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	41

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental tratar la posibilidad de imputar responsabilidad extracontractual a determinados intermediarios de la sociedad de la información por infracciones indirectas de derechos de autor, centrándonos en el derecho patrimonial de comunicación pública.

Antes de analizar en profundidad la naturaleza jurídica de estas infracciones y su viabilidad como institución jurídica vamos a señalar varias cuestiones de interés.

En primer lugar, debemos saber a qué problema responde la tipificación de estas infracciones. El supuesto del que partimos es la distribución de obras originales protegidas en formato digital como expresión del derecho patrimonial de comunicación pública que, en esencia, atribuye al titular de los derechos sobre la obra original la facultad exclusiva de comunicar públicamente la obra por sus propios medios o mediante la concesión de licencias a terceros. Dentro de este contexto, podemos considerar que la infracción indirecta consiste en que los intermediarios de la sociedad de la información facilitan la comunicación pública de contenidos protegidos por derechos de autor sin contar con licencia del titular. Así, el núcleo del estudio son los intermediarios de la sociedad de la información, que directamente no son los que cometen la infracción (recogida en el Art. 138.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante TRLPI, y en el Art. 8 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) sino que proporcionan un espacio donde los usuarios de su red o de su tecnología pueden cometerla. Por tanto, trataremos de determinar si necesario y racional imponer sanciones por la realización de la actividad que acabamos de describir.

A estos efectos, debemos plantear un breve ejercicio de análisis económico del derecho. A favor de la inclusión de las infracciones indirectas debemos señalar que en términos de coste social es más barato demandar al intermediario de la sociedad de la información que interponer demandas individualmente contra todos los infractores directos. Esto es así no solo en términos de economía procesal, al tener que demandar de forma individual a cada infractor en, seguramente, varios países, sino que además implica unos costes de información extraordinariamente elevados al no ser tan fácil localizar a cada infractor directo. Identificar a los intermediarios de la sociedad de la información en ocasiones puede ser costoso, pero identificar a cada infractor directo lo es aún más. Así mismo, debemos tener en cuenta que con una única demanda que sea estimada se pueden

eliminar a numerosos infractores directos y destruir el canal de comunicación entre oferente y demandante, eliminando la posibilidad de infringir el derecho de comunicación al público por esa vía en el futuro.

En contra de las infracciones indirectas debemos señalar una serie de efectos perniciosos en términos de incentivos. Si se fomenta la interposición de demandas por infracciones indirectas por su ahorro en términos de coste social llegaremos a un punto en que las demandas por infracciones directas quedarán reducidas a una cuantía totalmente irrelevante. De esta manera, para los infractores directos desaparecerán los incentivos a dejar de infringir dado que en todo caso los costes de asumir la demanda, de ir a juicio y de la indemnización, en su caso, los soportará en la mayoría de las ocasiones el intermediario de la sociedad de la información y no él. Otro efecto negativo de la tipificación de las infracciones indirectas es el freno a la innovación tecnológica que ello implica. Si se hace responsables a los intermediarios de la sociedad de la información de las infracciones que cometan sus usuarios estamos imponiendo una carga que en última instancia desincentiva a estos sujetos a seguir desarrollando su actividad al tener que asumir los costes derivados de la infracción, y en consecuencia algunos intermediarios pueden tomar la decisión de salir del mercado o de dejar de innovar. En resumen, debemos tener en cuenta que las infracciones indirectas implican obstáculos al comercio legítimo y al desarrollo tecnológico.

Es importante señalar que el objetivo último de la normativa de propiedad intelectual es el fomento de la innovación. En la actualidad, no podemos seguir manteniendo la concepción de la propiedad intelectual como un derecho dominical, sino que es necesario entenderla como un instrumento para fomentar la competencia en el mercado. La propiedad intelectual tiene una perspectiva de mercado que hace imposible ignorar la visión utilitarista. En esta línea, como señalan Lemley y Reese (2003), no se trata de eliminar la piratería, sino de mantenerla en un punto en que se mantengan los incentivos para la innovación cultural, esto es, para la creación de obras. Así mismo, como también señalan Lemley y Reese (2003), debemos tener en cuenta que la erradicación total de la piratería en internet es imposible y nos llevaría a un punto de ineficiencia social dados los elevadísimos costes que ello conllevaría.

Dentro de este análisis, un aspecto que debemos definir es sobre qué sujetos vamos a centrar el trabajo. Existen muchos intermediarios de la sociedad de la información que contribuyen a infringir derechos de propiedad intelectual en sentido amplio (marcas, patentes, derechos de autor, etc.), de hecho, en la jurisprudencia podemos encontrar casos

que afectan a motores de búsqueda, servicios de compraventa online peer-to-peer como Ebay, servicios como Google-AdWords, etc. No obstante, ante esta enorme variedad el trabajo se centrará en dos sujetos en concreto: las páginas de enlaces y las redes de distribución de contenidos peer-to-peer o P2P, que serán tratados como iguales a efectos de analizar su papel en las infracciones de derechos de propiedad intelectual, aunque, en realidad, la forma de operar es diferente.

Las páginas de enlaces aportan a los usuarios un enlace a un servidor externo u otra página web que aloja la obra protegida. Sin embargo, no todos los enlaces son iguales, existiendo diferentes tipos:

- Enlaces simples o de superficie: redirigen a la página principal de una web diferente.
- Enlaces de profundidad: redirigen al interior de una web sin necesidad de pasar por la página principal.
- Enlaces marco, ventana o *frame*: mediante estos enlaces en la propia página web se presentan contenidos alojados en otra web diferente. Así, aunque el contenido procede de otra fuente al usuario le da la sensación de que no ha cambiado de sitio web.
- Enlaces involuntarios: son aquellos enlaces generados por los motores de búsqueda para localizar archivos.
- Enlaces P2P: son enlaces generados en el contexto de redes de distribución P2P que vinculan archivos alojados en los ordenadores de los particulares que pertenecen a la red.

En cuanto a las redes P2P antes de analizar su forma de operar es necesario señalar la existencia de tres tipos o generaciones de redes P2P¹:

- Redes P2P centralizadas. En este caso, todas las comunicaciones que se hagan entre los usuarios de la red tienen que pasar por un servidor central perteneciente a la red de distribución.
- Redes P2P semicentralizadas o mixtas. En este caso, existe un servidor central que proporciona soporte técnico a los diferentes usuarios, pero no almacena información de ningún tipo, no participando en la actividad de sus usuarios.
- Redes P2P descentralizadas o puras. Este tipo de redes carecen de un servidor central, los propios usuarios actúan como almacenadores de información y como

¹ Clasificación obtenida de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 2/2016, de 5 de febrero.

nodos de conexión, esto es las comunicaciones se producen directamente de usuario a usuario. De esta manera, los clientes no tienen que acudir a un mismo servidor para la descarga de la totalidad del contenido, sino que pueden acudir a diferentes fuentes de información para descargar pequeños fragmentos de la totalidad de la obra, haciendo mucho más rápida la transmisión de información.

Las redes P2P más modernas y que vamos a encontrar en la mayoría de los casos son las descentralizadas o puras, dadas las mayores ventajas que presentan en la transmisión de información. A su vez, son las que más problemas jurídicos plantean pues no existe ningún servidor central que participe en la transmisión de información, lo que dificulta la imputación de responsabilidad al titular de la red.

Estas redes, para la localización de los archivos, suelen contener un motor de búsqueda interno que ayuda a localizar los diferentes archivos contenidos en la red mediante enlaces involuntarios, pero también es habitual el uso de enlaces (P2P links) que ordenan el contenido almacenado en la red.

A pesar de estas diferencias en su funcionamiento, la función que cumplen en relación con las infracciones indirectas, a mi modo de ver, es exactamente la misma, facilitan la localización de contenidos. En definitiva, reducen los costes de transacción de llevar a cabo esta infracción directa, contribuyendo así a su realización. En el caso de las páginas de enlaces, si el usuario no utilizara la página sería prácticamente imposible localizar las obras, dado que los costes que ello implica serían elevadísimos. Con las redes P2P ocurre lo mismo, de hecho los costes de transacción serían incluso mayores ya que los servidores de descarga del contenido son exponencialmente superiores, y por lo tanto localizar los archivos sería imposible sin la participación y el soporte que aporta la red.

Aunque en abstracto podamos considerar a estos sujetos como iguales, no podemos eludir las diferencias en su forma de facilitar las infracciones, ya que tiene importantes efectos a la hora de probar la presencia de algunos de los requisitos para calificar un hecho como infracción indirecta.

En segundo lugar, también es importante considerar debate doctrinal y jurisprudencial sobre la calificación jurídica de los hechos que, aun habiendo avanzado enormemente gracias al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto The Pirate Bay, todavía no está cerrado. En esta discusión encontramos dos posiciones. Por un lado, hay quien entiende, que el concepto de infracción directa de los derechos de comunicación pública debe ser interpretado de manera amplia, de tal forma que quepan actuaciones tales como facilitar la comisión de una infracción directa, lo que

anteriormente hemos denominado infracción indirecta. Esta posición se ve apoyada por una interpretación extensiva del Art. 17 TRLPI que dice expresamente que *corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma*, y del Art. 3.1 Directiva 2001/29/CE² que también permite tal amplitud al establecer que el autor tiene derecho a controlar cualquier tipo de comunicación al público. Además, aunque no se refiere directamente a este asunto, no podemos dejar de mencionar la STJCE en el Asunto SGAE c. Rafael Hoteles de 7 de diciembre de 2006, en la cual el tribunal afirma que el concepto de comunicación al público debe ser interpretado en un sentido amplio, de tal manera que se procure una protección integral de los derechos de los autores o cesionarios de los mismos.

Por otro lado, los defensores de la segunda posición, consideran que los intermediarios de la sociedad de la información no intervienen de forma directa en la infracción, optando por un concepto estricto de infracción directa del derecho de comunicación pública. De esta manera, dado que no consideran que la tipificación de la infracción directa sea suficiente para castigar este comportamiento entienden necesaria una previsión legal específica que castigue la infracción indirecta aferrándose al principio de legalidad recogido en el Art. 9.3 de la Constitución Española.

En la jurisdicción penal, aunque el debate es esencialmente el mismo, la forma de argumentar una u otra posición no ha seguido el mismo camino que en la jurisdicción civil. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, Nº 426/2014, de 12 de noviembre, se indica de forma muy clara que la cuestión determinante es ver qué tiene mayor relevancia en el obrar de los intermediarios: el hecho de facilitar el acceso a la obra desde cualquier lugar sin autorización del titular de los derechos, o el hecho de que el intermediario aloje las obras protegidas objeto del litigio. Así, si consideramos que pesa más el primer elemento estaremos asumiendo el concepto amplio de comunicación pública, y si, por el contrario, damos más relevancia al segundo elemento, optaremos por el concepto estricto que exige un reconocimiento expreso de las infracciones indirectas para poder ser sancionadas, por supuesto penalmente³ en virtud del principio de legalidad, pero también civilmente.

² 1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

³ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha introducido una previsión en el Art. 270.2 CP que castiga penalmente a

Por tanto, tenemos que dirimir qué es más riguroso desde el punto de vista de la técnica jurídica, utilizar el macroconcepto de infracción directa del derecho de comunicación pública planteado por el TJUE o la necesidad de reconocimiento legal de las infracciones indirectas para castigar estas conductas.

Una tercera cuestión que planteamos se refiere a la prueba del conocimiento que, como veremos más adelante, es un requisito indispensable para poder aplicar las sanciones civiles por infracciones indirectas. De forma breve podemos decir que se presume la existencia de conocimiento hipotético, entre otros supuestos, siempre que el alegado infractor interaccione con el contenido. No obstante, en ocasiones esta interacción pueden no realizarla las personas que administran la web, sino que utilizan un programa informático que desarrolla esta tarea por ellos. De esta manera, debemos plantearnos si el intermediario puede ser considerado responsable por unos hechos que ha ejecutado sirviéndose de un programa informático o no.

En cuarto y último lugar, otro tema de gran interés es la aplicación de la exención de responsabilidad de puerto seguro o, en su denominación anglosajona, *safe harbour*, a los intermediarios de la sociedad de la información. Al analizar esta medida debemos tener presente que los límites de su aplicación deben estar perfectamente delimitados dada la incidencia que tienen en el mercado (son derechos de monopolio sobre una obra para fomentar la innovación en el mundo de la cultura). A pesar de que se trata de un monopolio jurídico sobre una obra original, los derechos de propiedad intelectual son instrumentos procompetitivos, es decir, se da un derecho de exclusiva para que el resto de los partícipes del mercado tengan que invertir en la búsqueda de un producto que pueda competir con el primero, algo que en última instancia beneficia al mercado. De esta manera, es necesario para la supervivencia del mercado buscar fórmulas para que terceros no se puedan aprovechar del trabajo de otros sin pagar una licencia. Tampoco podemos obviar el Art. 40 bis TRLPI que indica que la interpretación que se de a los límites en ningún caso debe perjudicar de manera sustancial los intereses legítimos del autor. Este encargo del Art. 40 bis TRLPI nos obliga a ser muy precisos a la hora de señalar los límites del derecho de autor para no perjudicar al titular de los derechos creando vacíos legales que permitan aprovecharse del esfuerzo de terceros.

Como acabamos de mencionar, la seguridad jurídica es esencial en un instrumento procompetitivo. Como indican Landes, W. M., & Posner, R. A. (1989), desde el punto de

las webs de enlaces por su labor de facilitadores de infracciones de derechos de autor en su posición de intermediarios de la sociedad de la información.

vista del análisis económico del derecho, el estándar de protección que se da a las obras es determinante en los incentivos para la innovación subsiguiente. Una alta inseguridad jurídica trae como consecuencia un deficiente nivel de protección a las obras originales, lo que implica que terceros no autorizados por el autor puedan acceder a la obra sin necesidad de autorización del primero. Estos terceros, al no tener que hacer frente a la inversión que implica crear, lo que Landes y Posner denominan *costes de expresión*, van a poder vender a un precio que iguale al coste marginal. De esta manera, dado que va a haber operadores en el mercado que vendan a este precio, el propio autor para ser competitivo se verá obligado a vender al mismo precio. El resultado sería tal que al restarle a los ingresos obtenidos por el aprovechamiento de la obra los costes de distribución por el medio que considere oportuno, va a ser prácticamente imposible que el autor recupere los costes de expresión, reduciendo así los incentivos a la innovación cultural subsiguiente.

Así las cosas, analizar si una exención es pertinente nos obliga a ser extremadamente precisos en la determinación de su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo.

En definitiva, el estudio de la propiedad intelectual y, en particular, de los derechos de autor son materias de gran interés y actualidad por su íntima conexión con el comercio electrónico, uno de los proyectos más importantes de la UE para los próximos años enmarcado en la estrategia para el Mercado Único Digital. Esta afirmación se apoya en dos razones fundamentales. Por un lado, la propiedad intelectual constituye hoy un tema clave en tanto que todo producto está provisto de una marca o tiene una patente incluida, o bien el propio producto o alguno de sus componentes está protegido por derechos de autor. Por otro lado, es una realidad clara que los intermediarios de la sociedad de la información están jugando un papel esencial en el desarrollo del comercio electrónico. Por lo tanto, el análisis de la posibilidad de imputar responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información por la infracción indirecta de derechos de autor es hoy en día una cuestión de gran importancia e interés en el funcionamiento del mercado digital.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y para alcanzar los objetivos planteados y responder a las cuestiones formuladas hemos realizado una revisión de la jurisprudencia y de la bibliografía existente sobre el tema que nos ocupa. A partir de ellas, el trabajo lo iniciamos con un repaso de las infracciones indirectas que ya estaban vigentes en nuestro ordenamiento antes de la promulgación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que

se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: la infracción indirecta de derechos de marca y otras infracciones indirectas de derechos de autor. Estas últimas se diferencian de las objeto de estudio en el derecho patrimonial que protegen. En este trabajo nos vamos a centrar en la protección del derecho de comunicación pública, mientras que las infracciones antiguas tienen como objetivo sancionar a aquellos que permitan la vulneración de las medidas de protección de un contenido protegido. Es el caso, por ejemplo, de programas o servicios informáticos que sirven para anular el código de protección de un CD-ROM. En segundo lugar, haremos un repaso de la jurisprudencia más importante en España y en la UE viendo la evolución que ha sufrido la doctrina jurisprudencial en los últimos años, que ha traído avances muy importantes para una correcta y potencialmente más eficiente protección de los derechos de propiedad intelectual. En tercer lugar, a partir de la legislación vigente y de la doctrina un haremos un análisis crítico de los elementos que componen la institución de la infracción indirecta. Finalmente, en las conclusiones recogeremos los principales resultados obtenidos en el trabajo realizado.

2. EVOLUCIÓN DE LA INFRACCIÓN INDIRECTA

2.1. Antecedentes

Previamente a la introducción de las infracciones indirectas mediante la Ley 21/2014 ya encontrábamos en el ordenamiento jurídico diversos ejemplos de este tipo de infracciones que nos ayudan a comprender la naturaleza de esta figura y sus elementos esenciales. Estos ejemplos son la infracción indirecta marcaria y la infracción indirecta en materia de derechos de autor.

2.1.1. **Infracción indirecta marcaria**

El primer antecedente de infracción indirecta lo encontramos en la legislación marcaria con la promulgación de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM, en adelante). Esta norma, en su Art. 34.3.f), recoge la posibilidad de imputar responsabilidad a los intermediarios por infringir de manera indirecta los derechos de marca⁴.

⁴ *Poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido.*

Del análisis de este precepto se desprenden cuatro elementos esenciales que tienen que concurrir:

- Fijar el signo distintivo protegido a los envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio al que se asocia la marca.
- Elaborar, prestar, fabricar o confeccionar los medios sobre los que se fija el signo distintivo. Como indica el profesor Galán Corona (2005) no existe ninguna diferencia entre los distintos infinitivos que menciona la LM, todos son sinónimos que aluden al verbo producir o fabricar.
- Poner a disposición de un tercero o almacenar los medios de identificación u ornamentación provistos del signo distintivo.
- Que estos medios puedan ser utilizados para cometer alguna de las infracciones tipificadas en las letras a) a e) del Art. 34.3 LM.

En definitiva, podemos decir que la infracción indirecta al derecho de marca consiste en que un sujeto fije un signo distintivo protegido a unos medios fabricados por él mismo.

A la vista de lo analizado, comprobamos que la actividad tipificada como infracción no es en absoluto directa. Los responsables de esta infracción no están fijando el símbolo protegido por el derecho de marca a los productos para los que está registrado dicho título y, en consecuencia, el principio de especialidad queda intacto. No obstante, dadas las circunstancias, este intermediario sabe o debe saber, sin faltar a las exigencias de la buena fe, que esos medios que está fabricando van a ser utilizados para la comisión de una infracción directa. Así, lo que se está castigando con este precepto es la colaboración a la infracción, esto es, la realización de una actividad sin la cual la infracción directa no sería posible o su realización sería más ardua.

La principal idea que debemos destacar del análisis de la infracción marcaria es la condición de ilícito de riesgo, es decir, no es necesario que el ilícito llegue a consumarse.

2.1.2. Infracción indirecta de derechos de autor

El segundo antecedente, como apunta Sánchez Aristi (2015) lo encontramos en el propio TRLPI, en concreto en sus Arts. 160.2 y 102.c). El primero de ellos recoge la infracción de la siguiente manera:

Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o*
- b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o*
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.*

Como podemos apreciar, el hecho de fabricar, importar [...] un dispositivo, producto o componente que pretenda eludir la protección tecnológica dada a algún producto no es en sí mismo una infracción, el fabricante o importador [...] no está violando dicha protección, lo están haciendo sus clientes. No obstante, el sujeto al que imputamos la infracción sabe o, por las circunstancias de hecho presentes en el caso, debe saber que los medios que está fabricando se van a destinar a la comisión de una infracción.

El Art. 102.c) TRLPI sigue el mismo esquema al tipificar la infracción indirecta de la siguiente forma:

- c) Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.*

De las tres infracciones indirectas analizadas en este punto podemos destacar dos elementos comunes, la concepción como ilícitos de riesgo y el reconocimiento del conocimiento hipotético. Sin embargo, el primer elemento no podemos extrapolarlo a las infracciones indirectas que estudiaremos a continuación dado que la calificación como infracción depende, entre otras cuestiones, de que los usuarios del intermediario de la sociedad de la información cometan una infracción directa sirviéndose de su tecnología, no basta con la mera posibilidad de que ello ocurra.

2.2. Evolución de la jurisprudencia en España y en la UE

El análisis de la evolución de la jurisprudencia española y de la UE marca la existencia de tres etapas a la hora de juzgar los casos de responsabilidad por infracciones indirectas de derechos de propiedad intelectual contra los intermediarios de la sociedad de la información.

2.2.1. Los tribunales niegan la posibilidad de imputar responsabilidad por infracciones indirectas

En un primer momento, los tribunales negaron la posibilidad de imputar responsabilidad a estos intermediarios por las infracciones indirectas, dado que los sujetos contra los que se dirigía la demanda en ningún momento realizan actos vulneradores de los derechos de distribución, reproducción y/o comunicación pública, protegidos por el TRLPI, existiendo varias resoluciones judiciales que ejemplifican esta posición jurisprudencial.

La primera sentencia es la del Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Barcelona de 9 de marzo de 2010 en el Asunto “El Rincón de Jesús”. En esta resolución, en el Fundamento de Derecho Segundo, se sostiene que no existe infracción⁵. De esta sentencia se desprenden varias cuestiones importantes:

- En lo que respecta a los actos de reproducción no podemos imputar responsabilidad a los intermediarios, dado que el servidor de intercambio de datos P2P en ningún caso está realizando una fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, como indica el Art. 18 TRLPI. El verdadero acto de reproducción lo realizan los usuarios de la red de distribución de contenidos, por lo que podemos considerar que los intermediarios de la sociedad de la información solo facilitan la reproducción del material protegido. De hacerlo estaríamos extendiendo de manera excesiva e injustificada su responsabilidad.

⁵ La página web de enlace a redes P2P, de la manera en que se configura la web de DIRECCION000, no vulnera en la actualidad los derechos de explotación que les confiere a los autores la Ley de Propiedad Intelectual. El sistema de enlaces o links que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública. Dicho de otra forma, enlazar en la web de la manera que lo hace DIRECCION000 no supone distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas. La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales.

- En lo relativo a los actos de distribución, a mi modo de ver, nunca va a ser posible una imputación de responsabilidad por estos hechos. Esto se debe a que tal y como aparecen descritos en el Art. 19 TRLPI no se puede subsumir la distribución online en el tipo legal al exigir este que el corpus mechanicum utilizado en la distribución sea tangible.
- El magistrado, al analizar la posible presencia de un acto de comunicación pública parece no distinguir correctamente los conceptos de infracción directa e infracción indirecta, pues, por un lado, en el Fundamento de Derecho Segundo considera que a la página web que proporciona enlaces a una red de distribución de archivos P2P no se le puede imputar responsabilidad directa por actos de comunicación pública alegando que *no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P*. Sin embargo, en el Fundamento de Derecho Cuarto analiza la presencia de un acto de comunicación al público en el sentido del apartado i) del Art. 20.2 TRLPI dentro de las redes P2P. En este proceso se está ventilando la responsabilidad que pueda tener un intermediario de la sociedad de la información, pero el magistrado en este punto está considerando la infracción directa en la que únicamente puede incurrir el usuario de la red, nunca el intermediario, que es quien realmente está poniendo a disposición del público el material protegido por derechos de propiedad intelectual.

En mi opinión, hay una confusión a la hora de distinguir la actividad desempeñada por el intermediario de la sociedad de la información y la realizada por el usuario del servicio del primero. Además, la extensión de responsabilidad al intermediario se justifica con dos argumentos bastante criticables, aunque, al final el magistrado aduce un tercer argumento ampliamente aceptado por la doctrina predominante en el momento:

- Considera que solamente se puede imputar responsabilidad si hay un conocimiento efectivo de que una pluralidad de personas está teniendo acceso al material protegido⁶, desechando de forma absoluta el conocimiento hipotético.

⁶ El usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas (SJM N° 7 Barcelona, 09/03/2010).

- Alude a una presunta duda razonable en relación con la ilicitud de los archivos intercambiados mediante esta red de distribución⁷, dando a entender que solamente existirá derecho a percibir una indemnización si la actividad del intermediario está exclusivamente dirigida a la infracción.
- El argumento más sólido para motivar la exención de responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información se basa en que éstos no intervienen en la transmisión del material protegido, simplemente la facilitan. Siendo cierto que facilitan la comisión de una infracción, el juez alega de forma impecable que *no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P*. En consecuencia, es imposible imputar responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información como el enjuiciado en este proceso por las infracciones que realizan sus usuarios.

La segunda sentencia de referencia en esta posición doctrinal es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de julio de 2011 con unas consideraciones semejantes a las antes presentadas en relación con la participación de los intermediarios en los actos de comunicación pública. Sin embargo, incluye una nueva consideración muy relevante que supone un paso importante en la evolución de la jurisprudencia al señalar que: *aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos*. Es decir, aunque el tribunal reconoce que los intermediarios de la sociedad de la información contribuyen a la infracción, sigue negando la posibilidad de imputarles responsabilidad por este motivo, sin realizar valoración alguna sobre la necesidad de hacerlo.

En el ámbito de la jurisdicción penal se siguió un tratamiento igual, entendiendo que las infracciones indirectas no son sancionables. Entre otros, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Autos 159/2011 de 10 de marzo (www.indicedonkey.com) y 364/2010 de 27 de abril (Asunto www.rojadirecta.com), entiende que es posible que la labor de seleccionar, ordenar e informar pueda ser constitutiva de delito por ser un acto de comunicación pública no autorizado, aunque sean

⁷ A ello se ha de añadir, como se ha indicado, que puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE.

los usuarios los que ponen a disposición del público los archivos y no el intermediario. No obstante, pese a hacer esta valoración considera que no se puede imputar el delito del Art. 270.1º CP porque no aloja contenidos, ni realiza directamente la descarga, en definitiva, porque facilitar la infracción directa no es sinónimo de cometerla.

En definitiva, en esta etapa los tribunales en ocasiones valoran el concepto amplio de infracción directa del derecho de comunicación al público, pero se decantan por el concepto estricto sin señalar la necesidad de incluir un tipo legal que incluya de una u otra manera las infracciones indirectas.

2.2.2. Los tribunales reconocen la necesidad de implantar la responsabilidad por infracciones indirectas

El reconocimiento de la necesidad de implantar la responsabilidad por infracciones indirectas realmente no supone un cambio efectivo dado que se sigue negando la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información por facilitar infracciones, pero sí implica un avance en la doctrina, ya que pronunciamientos como el que vamos a analizar a continuación llevan a la jurisprudencia una reclamación doctrinal presente desde hacía tiempo.

En este caso, la resolución paradigmática es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 31 de marzo de 2014, en la que, a diferencia de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de julio de 2011, se reconoce la necesidad de imputar responsabilidad indirecta a los intermediarios de la sociedad de la información⁸.

Aunque el texto pueda plantear algunas dudas, la doctrina ha visto en este pronunciamiento una llamada de atención al legislador para que incluya en el ordenamiento jurídico las infracciones indirectas. La Audiencia Provincial de Madrid entiende que hay un sector de la doctrina, en aquel momento minoritario, que considera posible exigir responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información por

⁸ Sin una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, lo que depende de un designio del poder legislativo (y no puede ser suplido en nuestro ordenamiento jurídico por la mera opinión del judicial, que no es el encargado de marcar la política legislativa), resulta complicado que pueda encontrarse un soporte jurídico suficientemente sólido (no constituyen tal, dado su carácter específico y su incidencia colateral, las normas citadas por la actora a las que nos hemos referido en el párrafo segundo del presente fundamento jurídico) para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito. En la medida en que una imputación de ese tipo implicaría bien adelantar las posibilidades de defensa del titular para dotarle de una protección más eficaz o bien imputar la comisión de la vulneración del derecho a alguien diferente del propio autor material de la misma, haría falta un soporte legal para poder fundar una condena por tales motivos que el juez español no tiene a su alcance porque el legislador no ha dado el paso de tipificar como infractora tal contingencia

la comisión de infracciones indirectas. No obstante, la AP estima que sin una previsión legal (como la que ahora existe en el Art. 138.2º TRLPI) esta exigencia de responsabilidad supondría una lesión injustificada al derecho a la libre iniciativa empresarial reconocido en el Art. 38 CE y, además, una intromisión del poder judicial en las facultades del poder legislativo. Por este motivo, la AP de Madrid exonera de responsabilidad al intermediario, pero ya sienta un precedente en la jurisprudencia al reconocer la figura de las infracciones indirectas como una forma de protección más eficaz, en palabras del propio tribunal.

2.2.3. Los tribunales reconocen la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información

El análisis de esta tercera etapa la realizaremos a partir de la revisión, por orden cronológico, de las resoluciones más relevantes y que más información nos aportan para resolver el debate relativo al concepto de infracción directa del derecho de comunicación pública.

En primer lugar, comenzaremos por el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª Nº 630/2010, de 26 de octubre. Esta resolución hace un análisis poco profundo de la cuestión y simplemente indica que el intermediario www.divxonline.info desarrolla una actividad que va más allá de la mera intermediación, al facilitar el visionado de material audiovisual afectando al derecho de comunicación pública, lo que en opinión de esta AP merece un reproche penal. A este respecto la AP de Valencia cita la STS de 19 de mayo de 2001⁹, que parece decantarse por un concepto amplio de comunicación pública en el que no importa el medio por el que se produzca. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, se podría entender que permite imputar responsabilidad indirecta aunque el acusado no aloje en sus servidores el contenido litigioso o no participe en la descarga.

La segunda sentencia corresponde a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, Nº 530/2011, de 27 de septiembre, también del orden jurisdiccional penal que plantea una solución más interesante. La solución que da el tribunal es interpretar de una manera cuanto menos curiosa la actividad del intermediario aquí acusado. Los juzgadores, antes de dar el argumento clave para resolver el asunto hacen una serie de consideraciones preliminares de las que destacan que las redes P2P no son

⁹ *Lo verdaderamente integrador del tipo penal es la modalidad de comunicación pública, que pueda llevarse a cabo por cualquiera de los medios descritos legalmente e incluso sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro.*

ilícitas, como tampoco lo son los contenidos salvo que, como indica el tribunal a título de ejemplo haya archivos de pedofilia o similares, pero en el caso que nos ocupa no lo era. En la misma línea considera el tribunal que tampoco es ilícito dar acceso a la red porque su actividad no es ilícita ni lo son sus contenidos, en principio. Lo que sí es contrario a derecho es la conclusión de determinadas comunicaciones públicas al no contar con la autorización de los titulares de las obras afectadas.

En resumen, entiende el tribunal que los imputados extraen un enlace de la página de intercambio, sacándolo del contexto de la misma, para convertirlo en un archivo de descarga o visionado directo. De esta manera cuando se accede al enlace P2P se pasa por la red de intercambio, pero como mero trámite informático para acceder al archivo. Aquí está el quid de la resolución, pues considera que la labor de los intermediarios (indexación, clasificación y reseña de las obras protegidas) supone la puesta a disposición de obras de manera directa mediante su descarga, y que el paso por la red de intercambio de información P2P es absolutamente irrelevante, un mero trámite sin relevancia jurídica alguna.

En definitiva, al recoger el enlace en su página web están permitiendo un acceso directo a los contenidos, convirtiéndose en una página de descarga directa, aunque no alojen los contenidos ni participen en la descarga.

En tercer lugar, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº2 de A Coruña en el Asunto Roja Directa, es una resolución muy interesante porque antes de que el TJUE se pronunciara en el Asunto “The Pirate Bay”, ya analiza la posibilidad de interpretar las infracciones directas del derecho de comunicación pública de forma amplia como ya hicieron tribunales penales anteriormente. No obstante, debemos recordar que antes de ser llevado por la vía civil, se intentó acabar con esta plataforma por la vía penal, algo que denegó la AP de Madrid en Auto 364/2010 de 27 abril al considerar que los hechos que se enjuiciaban no podían ser castigados como infracción directa porque facilitar la comisión de una infracción no es lo mismo que cometerla.

Ya en el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de A Coruña, el magistrado cita la STJUE en el Asunto C-466/12, “Asunto Svensson” que entiende que del Art. 3.1 Directiva 2001/29/CE se deriva que todo acto de comunicación al público de una obra debe ser autorizado por el titular de los derechos. Así, si a través de la actuación de la web de enlaces se está produciendo una comunicación pública, esta tiene que ser autorizada por el titular. De esta manera, el magistrado entiende, que al existir un acto de comunicación a un público nuevo, se puede calificar como infracción directa. Aunque considera que

estos actos pueden ser calificados como comunicación pública no autorizada, en el Fundamento de Derecho Sexto cita el Auto de la AP de Madrid, Sec. 28ª de 15 de abril de 2016, que le sirve de base para calificar los hechos como una infracción indirecta tal y como recoge el Art. 138.2 TRLPI. Es decir, el magistrado está considerando ambas calificaciones, tanto el concepto amplio de infracción directa de los derechos de comunicación pública como la infracción indirecta de los mismos sin establecer una preferencia por alguna de las dos.

Estas dudas no quedan disipadas en el Fundamento de Derecho Séptimo, que lleva por título “Consecuencias de la estimación de la demanda”, dado que indica que los hechos descritos dan lugar a una indemnización por daños y perjuicios recogida en el Art. 138.1 TRLPI, sin indicar si esta indemnización es consecuencia de una infracción directa o indirecta. Esta ausencia de distinción puede deberse a que la ley en ningún momento establece una diferencia entre ambas. De hecho, en el apartado 2 del Art. 138 únicamente amplía la legitimación pasiva de las acciones recogidas en el apartado 1 a los infractores indirectos, motivo por el cual, el fundamento de la acción indemnizatoria siempre será el Art. 138.1 TRLPI, sin importar que la infracción haya sido directa o indirecta.

Estas dudas sí se resuelven con la cita del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que señala que la modificación legislativa operada por la Ley 21/2014 supone un cambio en la forma de tratar las posibles infracciones que se pudieran imputar a las páginas de enlaces. De esta forma, se hace ver de forma bastante clara que aunque antes de la reforma las infracciones de una página de enlaces pudieran ser calificadas como infracciones directas, con la reforma del año 2014, la voluntad del legislador es que se califiquen como infracciones indirectas.

Antes de terminar el análisis de esta sentencia, debemos destacar una consideración muy importante que hace el magistrado en el Fundamento de Derecho Tercero. Como regla general, las páginas de enlaces son consideradas webs de hosting, esto es, sitios web donde usuarios de esta acudían para difundir su contenido mediante la publicación de enlaces a otros sitios web de almacenamiento de datos. Sin embargo, este magistrado entiende que la calificación de “hoster” no es adecuada para la web Roja Directa sino que debe ser calificada como editor, *dado el papel activo de conocimiento y control de los enlaces*, intermediarios que Carbajo Cascón (2011) denomina *hosting web 2.0*. Debemos recordar que diversas resoluciones de órganos jurisdiccionales penales, como las analizadas anteriormente ya recogieron valoraciones similares. No llegaron a calificar a estos intermediarios de la sociedad de la información como editores, pero

consideraron que era una actividad que no se correspondía con la de un mero enlazador sino que iba más allá, mereciendo por ello un reproche penal que vence el principio de intervención mínima.

El paso más importante en esta materia lo da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la STJUE de 14 de junio de 2017 en el Asunto C/610-15, “The Pirate Bay” al reinterpretar el concepto de comunicación al público del Art. 3.1 de la Directiva 2001/39/CE, dándole un contenido extremadamente amplio en el que caben sin problema lo que en la introducción definimos como infracciones indirectas.

A estos efectos, el TJUE se basa en tres aspectos para determinar si un intermediario de la sociedad de la información incurre o no en un ilícito contra los derechos de propiedad intelectual:

- Si nos encontramos ante un acto de comunicación.
- Si dicha comunicación tiene carácter de pública.
- Si esa comunicación pública está dirigida a un público nuevo.

I. Acto de comunicación

Conforme a la jurisprudencia de este tribunal (STJUE de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, Apartado 31) *un sujeto*, en nuestro caso un intermediario de la sociedad de la información, *realiza un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida.*

Cuando el tribunal introduce la frase *especialmente cuando si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida*, realmente está ampliando el concepto de comunicación al público para que quepan en su tenor las infracciones indirectas. Esta doctrina jurisprudencial se reafirma de forma muy

clara el Apartado 32 de la STJUE del Asunto TPB¹⁰. Así mismo, en el Apartado 34 de la misma sentencia el TJUE dispone una consideración¹¹ que confirma esta tendencia.

Debemos tener en cuenta que la conducta que el tribunal está tachando de infractora no es comunicar, sino facilitar, aunque a efectos de la legislación europea el TJUE los considera sinónimos para que quepan en el Art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE. Efectivamente, los intermediarios de la sociedad de la información no realizan ningún acto de comunicación que pueda ser constitutivo de una infracción directa. En el caso de las redes P2P la comunicación pública se da entre los usuarios, los servidores de la red no se utilizan en ningún momento para este acto. Igualmente ocurre con las páginas de enlaces, donde sus servidores no son utilizados en el acto de comunicación, este se produce entre la página de hosting, desde la que el contenido se descarga o se ve en streaming. A pesar de ello, conforme al TJUE son infracciones directas.

II. Comunicación pública

El TJUE, en las sentencias ya mencionadas en el punto precedente, ha aportado ciertos criterios para determinar cuándo un acto de comunicación tiene la condición de público. Así, en el Apartado 41 de la sentencia del Asunto TPB y en los Apartados 35 y 36 de la sentencia en el asunto ITV Broadcasting, se señala la necesidad de establecer un umbral de minimis, esto es tiene que haber un público suficiente para producir un daño considerable a los derechos del legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual afectados. Debemos tener en cuenta que el tribunal simplemente señaló la necesidad de superar dicho umbral, pero en ningún momento ha dado criterios precisos que permitan a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros distinguir en qué casos se supera dicho umbral y en cuáles no.

A este respecto podemos considerar que hay un daño considerable que supera el umbral de minimis cuando el número de personas que acceden a los contenidos gracias a los medios proporcionados por los intermediarios es suficiente como para perjudicar la

¹⁰ 32. El Tribunal de Justicia ya ha declarado, a este respecto, que el hecho de facilitar en un sitio web enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otro sitio web ofrece a los usuarios del primer sitio un acceso directo a dichas obras (sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C-466/12, EU:C:2014:76, apartado 18; véanse también, en este sentido, el auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, apartado 15, y la sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, apartado 43).

¹¹ 34. Por lo tanto, de esta jurisprudencia cabe deducir que, en principio, cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas puede constituir un «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

normal explotación de la obra. A mi modo de ver, no parece lógico establecer un número de visitas mínimo general y válido para cualquier caso puesto que cada obra afectada es sustancialmente diferente, el público potencial de cada una varía en función de las características de esta. Por este motivo, para fijar este umbral parece más oportuno hacer una valoración de tipo económico. Abundando en este punto, el Apartado 33 de la STJUE ITV Broadcasting dispone que se debe tener en cuenta el efecto acumulativo del hecho de poner la obra a disposición de los destinatarios potenciales. Esto supone que, como dicta la lógica, para determinar si en un caso concreto se supera el umbral de minimis hay que considerar todos los accesos a la obra facilitados por el intermediario de la sociedad de la información enjuiciado.

En definitiva, se trata de fijar un punto donde la piratería de una determinada obra o grupo de obras no tiene efectos reales sobre la distribución de la misma y donde, en términos de coste social, el coste asociado a la acción del sector público es mayor que el generado por la infracción.

III. Dirigido a un público nuevo

El TJUE en la Sentencia de 13 de febrero de 2014 en el Asunto C-466/12, Svensson, en concreto en su Apartado 24, ya se pronunció sobre la necesidad de que el público al que se distribuye debe ser un público nuevo. En este punto, el tribunal considera que al enlazar habrá un público nuevo si este no fue tomado en consideración por el autor o autores cuando autorizaron la comunicación inicial de la obra. En relación con este pronunciamiento, también debemos considerar el Apartado 42 de la STJUE en el Asunto GS Media en el que el tribunal determina que cuando los titulares de los derechos de propiedad intelectual publican con acceso libre las obras protegidas, no tenemos un público nuevo por el hecho de que haya personas que acceden mediante un enlace puesto a disposición por personas distintas de los titulares de los derechos o personas autorizadas para ello. Tomando este pronunciamiento como referencia y realizando una interpretación a sensu contrario del mismo, podemos afirmar que si los autores o titulares de los derechos de explotación no han distribuido la obra libremente en internet, esto es establecen restricciones para visualizar el contenido, y el acceso mediante el enlace permite eludir dichas restricciones, estaremos ante un público nuevo.

Ahora bien, esta vuelta de tuerca que realiza el tribunal europeo al concepto de comunicación al público no me parece positiva. Por un lado, es conveniente remarcar que, si queremos dar una adecuada protección a los titulares de derechos de propiedad

intelectual en aras de mantener los incentivos a la innovación, una de las opciones posibles es la introducción de las infracciones indirectas en el ordenamiento jurídico. Pero, por otro lado, como indicó la AP de Madrid, Sec. 28ª, en su sentencia de 31 de marzo de 2014, esta labor corresponde en exclusiva al legislador.

Es cierto que el TJUE se ha limitado a dar una nueva interpretación de la noción de comunicación pública abriendo sobremanera dicho concepto. Sin embargo, en la práctica, está dando entrada al ordenamiento jurídico europeo a una nueva categoría jurídica, y como bien indicó la Audiencia Provincial de Madrid, esta labor corresponde al legislador y no a los tribunales.

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 4 de diciembre de 2017 en el Asunto Sharemula muestra un panorama similar al del Asunto Roja Directa¹², el tribunal decide condenar al demandado por su actividad como intermediario de la sociedad de la información por una infracción directa de los derechos de comunicación pública del titular. En un primer momento, el tribunal considera que estamos ante un claro caso de responsabilidad indirecta, pero como ya señaló el mismo tribunal en la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 31 de marzo de 2014, sin una previsión legal, el tribunal no puede imponer la indemnización y dado que este amparo legal no llega a nuestro ordenamiento hasta noviembre de 2014 y los hechos enjuiciados se produjeron antes de la modificación legislativa, no se puede condenar por infracción indirecta. Como el tribunal no puede aplicar esta institución jurídica, decide acudir a la infracción directa y, de esta manera, parece estar estableciendo una regla de subsidiariedad de la aplicación del régimen de infracciones directas frente al régimen de infracciones indirectas, que tendría carácter preferente.

En resumen, encontramos una división en la jurisprudencia a la hora de enjuiciar este tipo de infracciones. Por un lado, órganos jurisdiccionales como el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de A Coruña, entienden que hay que aplicar la infracción indirecta del Art. 138.2 TRLPI, a la vez que consideran posible la calificación como infracción directa dentro del concepto amplio de comunicación pública (Art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE y del Art. 20 TRLPI), aunque no fue la voluntad del legislador como señala el propio órgano jurisdiccional. Por otro lado, el TJUE considera que los hechos se deben calificar como infracción directa con la utilización del amplísimo concepto de infracción directa del derecho de comunicación pública que considera amparado en el Art. 3.1 de la

¹² Aunque contempla y admite el concepto amplio de infracción directa, la condena es por infracción indirecta.

Directiva 2001/29/CE que no requiere la expansión de la categoría jurídica. La AP de Vizcaya también calificó esta labor como infracción directa, aunque con una argumentación diferente a la empleada por el TJUE y el JM N°2 de A Coruña. Por último, está la posición mantenida, entre otros, por la Audiencia Provincial de Madrid que entiende que debe prevalecer el análisis como infracción indirecta, pero de forma subsidiaria, cuando no se pueda aplicar el Art. 138.2 TRLPI, podemos acudir a la infracción directa para sancionar a los intermediarios de la sociedad de la información. Esta posición es cuanto menos sorprendente teniendo en cuenta su posición en momentos anteriores, como ocurre por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 61/2016 de 15 de abril de 2016 y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 103/2014, de 31 de marzo de 2014 que, en definitiva, defienden que la calificación de estos hechos debe ser únicamente de infracción indirecta. Por un lado, la Sentencia entiende que los hechos enjuiciados no podían ser sancionados porque no existía ninguna disposición en el ordenamiento jurídico español que sancionara a los infractores indirectos y negaba la posibilidad de calificarlo como infracción directa utilizando el concepto amplio de comunicación al público. Por otro lado, en el Auto la Audiencia considera que la modificación legislativa *influye en el tratamiento que corresponde a la problemática relativa a las páginas web de enlace*.

A mi entender, estos actos únicamente deben ser calificados como infracciones indirectas prescindiendo de las directas porque esta ha sido la voluntad del legislador al introducir el nuevo apartado 2º del Art. 138 TRLPI. La calificación como infracción directa utilizando el amplísimo concepto de comunicación al público establecido por el TJUE y planteado por el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de A Coruña en España en el año 2016 puede tener sentido cuando el ordenamiento jurídico aplicable no ampara las infracciones indirectas, como sucede en la regulación sobre propiedad intelectual en el ámbito de la UE, aunque todavía me quedan dudas de su admisibilidad, pues debemos recordar que estamos ante ilícitos, aunque sean de tipo civil. Además, debemos señalar lo mencionado en la introducción, la seguridad jurídica en esta materia es esencial y los límites a los derechos de propiedad intelectual deben estar perfectamente definidos por el ordenamiento jurídico. Teniendo esto en cuenta, en España, a partir de la reforma del TRLPI en el año 2014 las infracciones indirectas entran en nuestro ordenamiento mediante el Art. 138.2. Por lo tanto, esta conducta errática de los tribunales españoles utilizando ambas calificaciones de diversa forma debería ser corregida por una única

tipificación como infracción indirecta, que como da a entender la Audiencia Provincial de Madrid en el Auto de 2016, es la voluntad del legislador.

3. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN INDIRECTA EN ESPAÑA

La evolución en la doctrina y en la jurisprudencia se completa con la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y añade al sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual las infracciones indirectas, tipificando tres tipos de conductas sancionables:

- Responsabilidad por inducción a la infracción.
- Responsabilidad por cooperación.
- Responsabilidad por beneficio económico con control sobre la conducta infractora.

No obstante, aunque este es un paso muy importante en la protección de los derechos de autor, el legislador ha incluido un impedimento para la plena protección con el último inciso del Art. 138.2º TRLPI, al establecer la aplicación de las exenciones recogidas en los Arts. 13-17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE, en adelante) por ministerio de la ley, aunque debemos analizar pormenorizadamente si realmente son aplicables a este supuesto de hecho.

3.1. Inducción a la infracción

Sánchez Aristi (2015) señala de forma muy acertada que estaremos ante una inducción a la infracción en aquellos casos en que el prestador de un servicio de la sociedad de la información o comercializador de una tecnología realice un ofrecimiento en el que se invite a los usuarios a valerse de su medio o tecnología para llevar a cabo conductas que constituyen infracciones de derechos de propiedad intelectual. De la misma manera, Carrasco Perea y Del Estal Sastre (2017) consideran que habrá inducción cuando la *información que aparece en la plataforma instiga, persuade o mueve a los usuarios a vulnerar derechos de propiedad intelectual*. En la jurisprudencia hemos visto casos muy claros como, por ejemplo el Asunto Grokster¹³, donde en la plataforma había una clara invitación a los usuarios a utilizar sus servicios para infringir derechos de propiedad intelectual, motivo por el cual fue condenada.

¹³ MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)

Una cuestión muy importante al tratar las infracciones indirectas es la imputación de conocimiento, algo que ha suscitado algunos problemas en el caso de la cooperación a la infracción, pero no en la inducción a la infracción. A este respecto, Sánchez Aristi (2015), Carrasco Perea y Del Estal Sastre (2017) y el informe del CGPJ sobre la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 2013 indican que es obvio que, si el intermediario induce a sus usuarios a la realización de una conducta infractora, es conocedor de la misma. Por tanto, en este supuesto la reclamación por daños y perjuicios será extremadamente sencilla de conseguir, las únicas dificultades pueden venir en el terreno probatorio.

3.2. Cooperación a la infracción

La cooperación a la infracción es el supuesto más habitual que nos vamos a encontrar en la práctica. Existe cooperación a la infracción cuando un intermediario de la sociedad de la información facilita o permite mediante la provisión de medios informáticos o tecnológicos la infracción de derechos de propiedad intelectual, conociendo tal infracción de forma efectiva o hipotética.

Normalmente, estos sujetos alegan que son simples intermediarios de la sociedad de la información y que su actividad no supone más que una mera colaboración técnica que no se inmiscuye en la actividad realizada por sus usuarios. No obstante, estos intermediarios, conociendo la infracción, están aportando una tecnología que permite la realización de la misma, sin esta tecnología la infracción sería imposible o casi imposible de cometer. Como dijo Ames J. B. (1908) *the early law asked simply, "Did the defendant do the physical act which damaged the plaintiff?" The law of today, except in certain cases based upon public policy, asks the further question, "Was the act blameworthy?"*¹⁴ Teniendo esto en cuenta, el acto será culposos, como indican Lemley y Reese (2003), si los intermediarios conocían de forma efectiva o hipotética que se estaba cometiendo una infracción gracias a su intervención y no hicieron nada para evitarlo. Ha habido un amplio debate sobre la naturaleza del conocimiento. De forma general, y así se reconoce en la actualidad en España, existen dos formas de imputar conocimiento al intermediario de la conducta infractora: el conocimiento efectivo y el conocimiento hipotético.

La forma básica de imputación de consciencia de la infracción es el conocimiento efectivo o *actual knowledge*. Supone que el intermediario conoce por sus propios medios

¹⁴ El derecho primitivo se preguntaba simplemente ¿el demandado cometió el acto que dañó al demandante?, el derecho actual se pregunta ¿fue el acto culposos?

y de forma directa que con su plataforma se está facilitando la comisión de infracciones contra los derechos de propiedad intelectual de terceros. Una de las formas de conocer de forma efectiva la ilicitud de la actividad de los usuarios es mediante los sistemas de *notice & takedown* (notificación y retirada) que numerosas plataformas incluyen. Con estos sistemas los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden indicar al administrador de la página que en su plataforma se facilita la comunicación de contenido protegido y solicitar su retirada. En caso de obedecer el requerimiento, siempre presumiendo que la conducta efectivamente es constitutiva de infracción, quedará exento de responsabilidad. Sin embargo, si se obvia la petición realizada y sigue facilitando contenidos protegidos, lo hará de forma plenamente consciente.

El conocimiento hipotético o *constructive knowledge* es un concepto más controvertido. Mediante esta figura se imputa conocimiento al intermediario por la presencia de indicios razonables para conocer la comisión de una infracción gracias a su actividad. Como indicó la Sentencia de la Corte Suprema de EE. UU. en el Asunto *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001), también conocido como Caso Napster, no se puede imputar conocimiento hipotético por el hecho de que las redes de distribución de datos P2P y las webs de enlaces en ocasiones se utilizan para infringir derechos de propiedad intelectual. Esto es así por la revisión que hizo la Corte Suprema en el Asunto Napster de la doctrina del “*capable of substantial noninfringing use*” o “capaz de usos no infractores” sentada en la Sentencia *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)¹⁵, también conocida como Caso Betamax. Con esta revisión realizada en el Caso Napster, como bien resumen Lemley y Reese (2003), el tribunal entiende que, si una determinada tecnología es susceptible de usos no infractores, y ciertamente tanto las redes P2P como las webs de enlaces lo son al permitir la transmisión de obras no protegidas, el intermediario de la sociedad de la información no tiene obligación de conocer o supervisar el uso que sus usuarios hagan. No obstante, continúa el tribunal, el intermediario podrá ser hecho responsable por una infracción indirecta si se demuestra por cualquier vía admisible en derecho que conocía o debía haber conocido la infracción.

Desde mi punto de vista, el conocimiento hipotético de la infracción que pueda tener el intermediario de la sociedad de la información debe venir dado por un tratamiento no neutral, no automático y activo de los datos que se encuentran en su plataforma como

¹⁵ 464 U.S. 417 (1984)

señalan la STJUE de 23 de marzo de 2010, Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, Ap. 113 y la STJUE de 12 de julio de 2011, Asunto C-324/09, Ap. 123, es decir, llevar a cabo labores de indexación y/o clasificación del contenido. No podemos obviar que desde el momento en que el intermediario de la sociedad de la información interactúa con el contenido conoce el tipo de material cuya puesta a disposición está facilitando. De hecho, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de A Coruña en el Asunto Roja Directa señaló, al igual que la Sentencia del Tribunal de Primera de Instancia de París de 19 de marzo de 2015, que una página de enlaces como la enjuiciada *no es un alojador de contenidos, sino un editor, dado el papel activo de conocimiento y control de los enlaces*. Más adelante, la misma sentencia señala que *ejerce un control y una gestión editorial de los contenidos y por consiguiente no puede considerarse como sitios como YouTube que gozan de estatuto de alojador pero cuyo objeto es la publicación y compartición de videos sin distinción de contenidos*.

Una cuestión que debemos tener en cuenta es que en numerosas ocasiones este tratamiento de la información no lo realiza la persona física, sino que lo hace un sistema informático bajo las ordenes de un ser humano. Esto podría interpretarse de tal manera que como el sujeto al que queremos imputar responsabilidad indirecta no ha tratado la información directamente, no se le puede hacer responsable dado que no manipula personalmente la información, luego no puede haber imputación de conocimiento. Otra posibilidad es entender que, si se está beneficiando de la labor de ese sistema informático para prestar el servicio de la sociedad de la información de que se trate, también debe responder de los efectos perjudiciales que cause el mismo siguiendo el principio *qui sentire commodum, debet sentire incommodum*. A mi modo de ver, la solución debe ser la primera, dado que para poder imputar conocimiento efectivo o hipotético siempre es necesaria una interacción humana con el contenido. Así se desprende de resoluciones como la Sentencia del TS 297/2016 de 5 de mayo, de la cual se infiere que si el tratamiento de la información lo hubiera realizado un algoritmo no existiría responsabilidad por la imposibilidad de imputar conocimiento al intermediario de la sociedad de la información al estar ante un tratamiento neutral, automático y pasivo.

Así mismo, de cara a la imputación de conocimiento hipotético, debemos tener presente que el Art. 15 de la Directiva 2000/31/CE (DCE en adelante) impide a los Estados Miembros establecer obligaciones generales de supervisión a los intermediarios de la sociedad de la información recogidos en los Arts. 12-14 del mismo texto legal sobre la actividad que los usuarios realicen con su tecnología, como dice Sánchez Arísti (2013).

De hecho, el TJUE ha declarado en las Sentencias Scarlet Extended y Netlog que obligar a los intermediarios de la sociedad de la información a establecer sistemas de supervisión activa sobre los datos de sus clientes para evitar lesiones actuales o futuras de derechos de propiedad intelectual es abiertamente contrario al derecho comunitario. Esta falta de conformidad con la legislación europea se fundamenta, además de en el ya mencionado Art. 15 DCE, en el Art. 3 de la Directiva 2004/48 que impide a los Estados Miembros establecer medidas de supervisión que sean injustas, no equitativas o sean excesivamente gravosas, imponiendo de esta manera obstáculos al comercio legítimo. El TJUE en las sentencias citadas entiende que los mecanismos de supervisión general que impliquen la vigilancia de todos los datos que se vayan a transmitir y de todos los clientes no superan los requisitos establecidos por el precepto (STJUE Scarlet Extended, Ap. 39). No solo declara el tribunal la disconformidad de estos mecanismos con el derecho de la UE en virtud del Art. 3 Directiva 2004/48, sino también por restringir y afectar de manera injustificada a diversos derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el derecho a la libertad de empresa de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, el derecho a la protección de datos de los usuarios de los servicios y del derecho a la libertad de información de los mismos usuarios.

Sobre este deber de vigilancia también se han pronunciado tribunales estadounidenses como por ejemplo el encargado del Asunto Napster, de cuya decisión se desprende que si el intermediario de la sociedad de la información ofrece un servicio que puede tener un uso no infractor (*capable of substantial noninfringing use*), no tiene obligación de conocer qué hacen los usuarios con su tecnología, es decir el tribunal considera que no existe un deber de vigilancia. En definitiva, estamos ante una suerte de presunción de inocencia para los intermediarios si la tecnología que ponen a disposición de la sociedad supone un avance tecnológico significativo que tiene finalidades legítimas. No obstante, hay un punto en esta doctrina estadounidense que puede plantear problemas, el uso del adjetivo “sustancial”. Tribunales como el Séptimo Circuito de Apelaciones de EE. UU. al resolver el Asunto *In re Aimster Copyright Litigation*. Appeal of: John Deep, Defendant¹⁶ consideró que para que esta doctrina sea aplicable tienen que existir pruebas de que ese uso no infractor es el principal de la tecnología enjuiciada. Conforme a las reglas de la carga de la prueba en España (Art. 217.2 LEC) la prueba de un elemento como el exigido correspondería al intermediario de la sociedad de la información, aunque

¹⁶ 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003)

ello supondría establecer un deber general de supervisión, algo prohibido por la legislación europea.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 21/2014, la posibilidad de imputar conocimiento hipotético suscitó algunas críticas. En esta línea el Grupo Parlamentario UPyD presentó la enmienda N° 73¹⁷ con la que solicitaba la supresión de la indicación “o contando con indicios razonables para conocerla” con la siguiente justificación:

Parece desmedido presuponer «indicios razonables de conocimiento» de una conducta infractora en cualquier intermediario que haya enlazado una página con contenidos ilícitos. Esa presunción puede significar serias dificultades para el desarrollo de la intermediación de contenidos, básica en la sociedad de la información.

Se trata de una visión distinta en la ponderación entre proteger los derechos de propiedad intelectual y favorecer el desarrollo tecnológico, optando de forma bastante clara por la segunda postura. Aunque es una posición legítima, y la legislación en otros puntos ha optado por ella, me parece extraordinariamente positivo que se mantenga la indicación porque no creo que deba fomentarse el desarrollo científico y tecnológico a toda costa, esto es sin ofrecer una compensación justa y equitativa a los autores para mantener los incentivos a la innovación.

3.3. Responsabilidad por beneficio económico y capacidad de control sobre la conducta infractora

La aplicación de esta conducta sancionable requiere que concurren dos elementos:

- a) El intermediario de la sociedad de la información debe tener un interés económico directo o indirecto sobre la conducta infractora. Esto quiere decir que va a obtener un lucro de la actividad de sus usuarios, ya sea mediante la recaudación de cuotas de sus usuarios (directa) o mediante publicidad (indirecta). El ánimo de lucro indirecto fue discutido por la jurisprudencia y la doctrina, pero finalmente ha sido admitido con argumentos similares al recogido en el AAP Valencia, Sec. 3, 630/2010, de 12 de noviembre¹⁸.

¹⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 9 de julio de 2014, Serie A, n° 81-2, pp. 84-85.

¹⁸ Estos "barbers" están gestionados por la empresa "Impresiones Web, S.L.". empresa publicitaria que, dado el interés que tiene de que en los anuncios publicitarios gestionados por ella sean vistos por el mayor número de personas, el administrador de la página donde se publican dichos anuncios tiene que preocuparse de que su página sea visitada por un gran número de personas, siendo una de las formas más productivas que existen de atraer visitantes a una página web, la de ofertar gran cantidad de archivos de música, juegos, películas, etc, para su descarga -o directamente visionado como acontece en autos-, de tal

- b) El intermediario debe tener capacidad de control sobre la conducta de sus usuarios. Sánchez Aristi (2015) considera que no tiene que tratarse necesariamente de una relación de dependencia, sino que basta con que el usuario participe en la plataforma del intermediario demandado. No obstante, no parece adecuado establecer un concepto tan amplio de “capacidad de control”, pues del simple hecho de utilizar la tecnología o servicios ofertados por un intermediario de la sociedad de la información no se deriva directamente un control efectivo sobre su actividad. A mi modo de entender, la capacidad de control debe ser la posibilidad del administrador de eliminar al usuario de su plataforma o de limitar de alguna manera su actividad, por ejemplo imposibilitando el acceso a algunos de los contenidos aportados por ellos.

Diversos autores coinciden en que estamos ante una categoría residual para imputar responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información. No obstante, esta institución jurídica, en mi opinión, no debería ser considerada como infracción. Como hemos visto en el apartado anterior, la única posibilidad de imputar responsabilidad civil a un intermediario de la sociedad de la información la encontramos cuando colabora con la infracción directa poniendo a disposición de los infractores los medios para cometerla y sabe, o no puede dejar de saber sin faltar a las exigencias de la buena fe, que esa infracción se está conociendo. Por tanto, dado que en este tipo legal no se exige en ningún momento la existencia de conocimiento, calificarlo como infracción me parece excesivo. Tampoco podemos entender que el hecho de que exista ánimo de lucro implica que el intermediario debía conocer la actividad que sus usuarios realizan con su tecnología dado que ello implicaría imponer un deber general de supervisión sobre las interacciones que facilita, algo contrario al ordenamiento jurídico nacional y europeo.

Tampoco podemos apreciar en este tipo de comportamientos un caso de competencia desleal en el sentido Art. 4.1 LCD. Esto se debe a que como indica Carbajo Cascón (2016) para ello es necesario que el intermediario conociera o debiera haber conocido sin faltar a las exigencias de la buena fe que estaba facilitando la comisión de infracciones directas, de otra forma no tendríamos un comportamiento contrario a la buena fe objetiva en el mercado.

modo que, a la hora de que un usuario pretenda descargarse alguno de los archivos disponibles o visionarios, indirectamente, tiene a la vista el anuncio o los anuncios publicados en la web.

Por tanto, no pudiendo encasillar esta conducta en ninguna de las categorías anteriores, en mi opinión, la acción que aquí se recoge debemos entenderla como una acción de enriquecimiento injusto. El supuesto de hecho sobre el que se construye esta categoría jurídica es un intermediario de la sociedad de la información que actúa con ánimo de lucro, de forma neutral, automática y pasiva y al que, como consecuencia de lo anterior, no se le puede imputar conocimiento de la actividad que realizan sus usuarios. Sin embargo, en definitiva, se está lucrando gracias al trabajo de otras personas y está perjudicando la explotación normal de la obra a los autores o licenciarios de las mismas. Por tanto, tenemos los elementos básicos del enriquecimiento injusto: enriquecimiento del demandado, empobrecimiento o ausencia de ganancia debida del demandante y relación causal entre ambas.

3.4. Cláusula de exención para los intermediarios de la sociedad de la información

El último inciso del Art. 138.2º TRLPI establece que la responsabilidad por infracción indirecta que se pueda derivar de este precepto *no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación.*

El Art. 13 LSSICE establece una exención de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en concreto, la exención que nos interesa la encontramos en el Art. 17 LSSICE que hace referencia a las webs de enlaces, pero extensible a las redes de distribución de contenidos P2P.

El origen de esta exención de responsabilidad podemos situarlo en el régimen de puerto seguro, creado para proteger a los intermediarios de la sociedad de la información conocidos como Web 1.0 dedicados a servicios de almacenamiento de datos, memoria tampón o servicios de búsqueda y enlaces. Como señala Carbajo Cascón (2014) se trata de servicios meramente técnicos sin los cuales internet no podría funcionar de forma satisfactoria (transmisión de datos, acceso a internet, memoria tampón para almacenar información, servicios de búsqueda...), también conocidos como Internet Service Providers (ISP). Sin embargo, los intermediarios de la sociedad de la información que estamos estudiando no se dedican a estas tareas de intermediación técnica, Carbajo Cascón (2011) entiende que realmente su labor es de agregación de información.

Cuando se opta por establecer el régimen de puerto seguro se hace por necesidad. Si no se garantizaba la posibilidad de realizar la actividad sin responder de las infracciones que pudieran realizar sus usuarios, ninguna empresa se aventuraría a participar en la prestación de servicios de la sociedad de la información. No obstante, a mi modo de entender, la exención realmente no es del todo necesaria porque probar el conocimiento de la infracción cuando estamos ante servicios de intermediación técnica puede ser una tarea casi imposible. Sin embargo, por los intereses en juego en aquel momento, parecía conveniente reforzar la ausencia de responsabilidad mediante una previsión legal.

Está bastante claro que la actividad de los intermediarios de la Web 2.0 es diferente y tenemos que preguntarnos si la exención debe ser extensible a aquellos que realizan tareas más allá de la simple intermediación. Como ya hemos señalado la exención a los intermediarios de la Web 1.0 era una necesidad para el funcionamiento de internet y como apunta Carbajo Cascón (2014) el nacimiento de la Web 2.0 es una respuesta a la ingente cantidad de información que comenzó a difundirse por la red. Por tanto, podríamos considerar que, en cierta medida, los nuevos intermediarios de la sociedad de la información también realizan una actividad indispensable para el funcionamiento de la red. En este sentido, si no existieran los entes de la Web 2.0 acceder a la información disponible sería altamente complicado dadas las dificultades para seleccionar el contenido o, en palabras del TJUE, *si no tuviera lugar su intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida*. Por este motivo, debemos plantearnos si nos encontramos ante una situación similar a la que se dio con el nacimiento de la Web 1.0 y si la exención de responsabilidad debe extenderse a la Web 2.0.

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. El motivo de esta posición está en que como indica el Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014 que reforma el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en ocasiones los intermediarios de la Web 2.0 se convierten en *modelos de negocio ilícitos fundamentados en el desarrollo de actividades vulneradoras de terceros*, es decir estamos ante actividades claramente parasitarias. Siendo esto así, y habiendo demostrado que el intermediario analizado es un infractor indirecto, parece difícil que dicho prestador de servicios de la sociedad de la información pueda considerarse mero intermediario. Así, desde el momento que se prueba que un intermediario de la Web 2.0 está facilitando de forma consciente la comisión de infracciones directas de derechos de propiedad

intelectual, la exención no debe aplicarse. En este sentido, la Enmienda N° 52¹⁹ presentada por el Senador D. Isidro Manuel Martínez Oblanca, FAC (GPMX) criticó la introducción de este último inciso del Art. 138.2° TRLPI en el anteproyecto de ley y solicitó una nueva redacción del precepto que estableciera de forma expresa que no serán aplicables las exenciones recogidas en los Arts. 13-17 LSSICE con la siguiente justificación:

Debe darse la vuelta a la cautela del segundo inciso. Si alguien coopera a la infracción ajena, la induce o se beneficia económicamente de ella pudiendo controlarla, es obvio que no puede ser calificado a la vez como prestador meramente intermediario, y por tanto no debería ni siquiera sugerirse la posibilidad hipotética de que fueran de aplicación los «puertos seguros» de la LSSI que benefician a los prestadores intermediarios de la sociedad de la información.

Por lo tanto, parece quedar claro que la exención de responsabilidad no debería reconocerse y menos en unos términos tan estrictos como los establecidos en el Art. 17 LSSICE. Esta diferencia se recoge de forma muy clara en el Apartado V de la propia Exposición de Motivos de la Ley 21/2014 (Sánchez Arísti, 2015: 363).

El TS se ha hecho eco de esta demanda doctrinal y ha realizado una nueva interpretación del Art. 16 LSSICE, en concreto del último párrafo referido al concepto de conocimiento efectivo, con una redacción idéntica a la del Art. 17 LSSICE. En esta nueva interpretación se salta por completo la voluntad del legislador español a la hora de redactar la norma, donde parece claro que se quiere establecer un concepto muy restringido de conocimiento efectivo. No obstante, esta interpretación en contra de la voluntad del legislador tiene una justificación muy clara, el TS considera que esta redacción es abiertamente contraria al espíritu de la directiva de la que deriva esta ley y a la legislación de propiedad intelectual. Como señalamos en la introducción el objetivo de esta normativa es ofrecer un nivel de protección suficiente que permita mantener los incentivos a la innovación subsiguiente.

La primera sentencia en esta dirección fue la STS de 9 de diciembre de 2009, que modifica el concepto de conocimiento efectivo²⁰. De esta sentencia podemos deducir que

¹⁹ BOCG, Senado, X Legislatura, 22 de septiembre de 2014, n° 401, p. 269.

²⁰ Por su parte y en primer término, niega la recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones de "Plataforma " y para ello se sirve del significado que a las palabras "conocimiento efectivo " atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2.002 -"se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya

el TS considera que no se puede establecer una interpretación tan restrictiva y lleva el concepto del conocimiento hipotético o *constructive knowledge* de la ilicitud de los actos a la LSSICE²¹. El TS es consciente de que hacer esta interpretación de la norma se aparta de la voluntad del legislador, pero al dar la vuelta al propio precepto intenta amparar su visión en una cláusula residual introducida por el legislador en ambos preceptos, (*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*). Aun así, el hecho de que el precepto indique que se trata de medios de conocimiento efectivo, todavía entraña algunas dificultades para admitir esta interpretación en el tenor literal. A pesar de ello, debemos tener en cuenta que la referencia regulatoria sobre la imputación de conocimiento es el Art. 14.1.a) DCE, que establece que quedarán exentos de responsabilidad los intermediarios que *no tenga(n) conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita, y en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*, estableciendo así la posibilidad de imputar conocimiento hipotético al prestador de servicios de la sociedad de la información cuando se exige una indemnización por daños y perjuicios. Tomando la redacción literal del precepto, el legislador comunitario únicamente admite el conocimiento hipotético cuando se exige una compensación por los daños y perjuicios causados por la infracción, pero para el resto de las medidas de protección previstas en la legislación de cada Estado Miembro solamente se podrá inaplicar la exención si se consigue probar que el intermediario tenía un conocimiento efectivo de la infracción. Por tanto, para superar la exención de responsabilidad y obtener una indemnización se admite el conocimiento hipotético.

declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución" - y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

No es conforme a la Directiva - cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios - una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2.002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse" -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

²¹ Vid. Infra. Apartado 3.3. Cooperación a la infracción.

Estos preceptos se refieren a los intermediarios dedicados a servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, motivo por el cual extender esta interpretación a los intermediarios que estamos estudiando plantea ciertos problemas. Estas dudas derivan de la existencia de un precepto más específico, el Art. 12 DCE que regula, entre otros, el caso de los intermediarios que facilitan el acceso a una red de comunicaciones, es decir los que facilitan la puesta a disposición del público de un determinado contenido protegido. Este precepto indica que los intermediarios no tendrán responsabilidad si cumplen tres requisitos cumulativos:

- No haber originado la transmisión.
- No haber seleccionado ellos mismo al destinatario de la transmisión.
- No haber seleccionado ni modificado los datos transmitidos.

y, tanto las páginas de enlaces como las redes P2P cumplen con estos tres requisitos dado que no originan la transmisión, lo hacen sus usuarios; no seleccionan los destinatarios de la transmisión; y no seleccionan ni modifican los datos transmitidos.

Por tanto, conforme al derecho de la Unión Europea tampoco sería posible la imputación de responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información. Sin embargo, siguiendo el razonamiento hecho en las páginas anteriores, la exención no debería ser aplicable en ningún caso y así debería recogerlo la normativa.

4. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN INDIRECTA EN LA UE

En la legislación de la UE, a diferencia de la española, no aparece ninguna mención a las infracciones indirectas. Únicamente se recogen las infracciones directas a los derechos de propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. No obstante, la labor del TJUE en relación con Art. 3.1 de la citada directiva, mediante las sentencias que hemos analizado previamente, ha permitido introducir esta figura en el acervo comunitario mediante el test de los tres pasos²².

5. LA REMUNERACIÓN ADECUADA DE LOS AUTORES

Para terminar este estudio conviene hacer referencia a una solución planteada recientemente sobre la correcta y adecuada remuneración de los autores. Como señalamos

²² Vid. *Infra* 2.2. Evolución de la jurisprudencia en España y en la UE. **2.2.3. Los tribunales reconocen la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información.**

en la introducción para que existan incentivos a la innovación en la industria cultural es necesario que los beneficios obtenidos por la explotación de la obra, ya sea directamente por el autor u otorgando licencias a terceros, sean iguales o superiores a los costes totales de creación y distribución de la obra. Mediante la tipificación de las infracciones indirectas es posible equilibrar esta ecuación dado que va a haber usos contrarios a derechos que pueden ser objeto de una demanda, exigiendo una indemnización por daños y perjuicios que se va a integrar en los beneficios del autor. Sin embargo, debemos plantearnos qué ocurre con aquellos sujetos que por no estar realizando ninguna actividad ilegal (YouTube o plataformas similares que llevan a cabo un tratamiento meramente neutral, automático y pasivo de los datos que aparecen en su plataforma), no pueden ser objeto de una demanda por daños y perjuicios. Siendo esto así, la normativa de propiedad intelectual está permitiendo usos parasitarios de las obras protegidas por parte de terceros sin que los autores obtengan remuneración alguna.

Esta situación está siendo abordada por numerosos ordenamientos en la actualidad y se están presentando propuestas bastante interesantes como por ejemplo la de la Comisión Europea todavía en desarrollo, y que parte de una visión bastante liberal al dar vía libre a que las partes negocien entre sí, aunque en realidad estas negociaciones están siendo asumidas por parte de los Estados Miembros, como ha ocurrido en Francia.

La Comisión Europea, conocedora de esta problemática, viene planteando desde hace unos años una posible solución que culminará en la próxima Directiva de derechos de autor en el Mercado Único Digital. Anteriormente en la Comunicación de la Comisión Europea “Hacia un marco más moderno y más europeo de los derechos de autor” de 9 de diciembre de 2015 ya se puso de manifiesto que están surgiendo nuevas formas de distribución de contenidos en las que el valor generado no se reparte equitativamente, máxime cuando no existe ninguna base para la concesión de licencias o para llevar a cabo una negociación en condiciones de igualdad.

De momento esta Directiva todavía no ha visto la luz, pero sí disponemos el texto de la Propuesta de Directiva (en adelante “la propuesta”), que en sus Arts. 13 a 16 tratan la cuestión de la remuneración adecuada de los autores. En concreto, el Art. 13 de la propuesta menciona “asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos”, lo que nos da una pista de la vía que pretende seguir la Comisión Europea. Su idea es que los titulares de derechos negocien licencias con estas plataformas para obtener así una remuneración. A pesar de que la proposición es atractiva, la redacción del Art. 13 de la propuesta plantea algunas dudas:

- Uno de los grandes problemas que plantea una proposición de este tipo ya lo hemos planteado antes, las partes negociadoras no se encuentran en una posición de equidad. Por este motivo, parece más adecuado que sean las entidades de gestión las que negocien estas remuneraciones como permite el Art. 36 de la Ley de derechos de autor y derechos conexos de Alemania de 9 de septiembre de 1965.
- Otro problema lo encontramos en que el Art. 13 habla de *proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras*. Con estas palabras parece claro que la propuesta busca que se negocie con las grandes plataformas, pensando posiblemente en YouTube, pero no obstante, aunque las pequeñas plataformas presenten una menor amenaza a la normal explotación de la obra individualmente consideradas, en conjunto pueden afectar de manera grave.
- Un tercer problema está en la mención al establecimiento de medidas técnicas para impedir que determinadas obras aparezcan en los servicios de los intermediarios. A estos efectos no podemos olvidar el Art. 15 DCE, interpretado por el TJUE en las sentencias de los Asuntos Scarlet Extended y L’Oreal, entre otras²³. En resumen, el estado actual de la legislación y la jurisprudencia impide imponer a los intermediarios de la sociedad de la información obligaciones generales de supervisión. En este sentido, el TJUE ha sido muy estricto a la hora de valorar cuando estos mecanismos de supervisión están o no justificados, impidiendo en la mayoría de las ocasiones que se impongan dichas herramientas.

6. CONCLUSIONES

El amplio análisis realizado en las páginas precedentes nos lleva a las siguientes conclusiones que dividiré en dos áreas temáticas. El primer tema se centra en la naturaleza jurídica de la infracción indirecta de derechos de autor y el segundo en las posibles alternativas que podemos plantear a la infracción indirecta como forma de mantener los incentivos a la innovación, tratando de evitar las externalidades negativas que produce esta institución a la vez que se garantiza una remuneración justa y adecuada para los autores.

En relación con la naturaleza jurídica de la infracción indirecta podemos extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, no podemos calificar la infracción indirecta

²³ Vid. *Infra.* 3.2. Cooperación a la infracción.

como un ilícito de riesgo a pesar de que los antecedentes inmediatos de esta institución lo hayan sido. En este caso, la infracción depende exclusivamente de que se hayan cometido una o varias infracciones directas gracias a los medios ofrecidos por el intermediario, no basta con el riesgo de que se produzcan.

En segundo lugar, tampoco podemos entender que la infracción indirecta sea un supuesto de responsabilidad objetiva. Para poder imputar responsabilidad al intermediario siempre se requiere la presencia de conocimiento efectivo o hipotético sobre la conducta infractora. Por tanto, debemos hablar de un supuesto de responsabilidad culpabilística. No obstante, sí que es cierto que algunos elementos introducidos por la jurisprudencia nos permiten apreciar una tendencia a la cuasiobjetivación de la responsabilidad. El elemento más destacado lo encontramos en la Sentencia del TJUE en el Asunto *The Pirate Bay* donde el tribunal eleva de forma extraordinaria, e incluso podríamos considerar excesiva, el nivel de diligencia debida en relación con el conocimiento hipotético. En concreto, en el apartado 26 de esta resolución se indica que hay infracción cuando *interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida*. De ella se deduce que en el momento en que la tecnología sea imprescindible para concluir la infracción directa, el intermediario debería haber sabido que su tecnología se estaba utilizando para cometer infracciones. De esta manera, el nivel de diligencia exigido para entender que no hubo conocimiento hipotético de la o las infracciones que sirven de base a la responsabilidad indirecta es muy elevado. Así mismo, debemos tener en cuenta que, en ocasiones, por cuestiones de facilidad probatoria es necesario invertir la carga de la prueba principalmente sobre la actuación automática, neutral y pasiva del intermediario. Conforme a la regla general de la carga de la prueba en España, recogida en el Art. 217.2 LEC, quien alega algo debe probarlo. No obstante, para el demandante puede ser difícil o casi imposible acceder al sistema de funcionamiento de determinados intermediarios de la sociedad de la información, mientras que para los propios intermediarios no entraña prácticamente ninguna dificultad probatoria.

En tercer lugar, entiendo que para poder castigar las infracciones indirectas es necesaria una previsión legal expresa como concluyó la Audiencia Provincial de Madrid en su célebre sentencia N° 103/2014, de 31 de marzo. No me parece correcta la posición de tribunales como el TJUE, entre otros, que consideran suficiente una interpretación

expansiva del concepto de infracción directa, a mi modo de ver excesiva y contraria al principio de seguridad jurídica que tiene tanta importancia en este sector.

En cuarto lugar, debemos destacar que de las tres categorías que recoge el Art. 138.2 TRLPI la única que de verdad se puede caracterizar como infracción indirecta es la cooperación material a la infracción de forma consciente. La inducción es, por supuesto, una conducta sancionable, pero no constituye una infracción indirecta porque inducir a cometer una infracción no es lo mismo que facilitarla. No obstante, en la práctica ha habido ocasiones en que ambas conductas iban enlazadas, el mismo intermediario facilitaba la comisión de infracciones e inducía a que se realizaran dichas infracciones con los medios que ponía a disposición de sus usuarios. A pesar de ello, debemos tener en cuenta que son ilícitos diferentes. La otra conducta prevista en el precepto, la responsabilidad por beneficio económico y capacidad de control sobre la conducta infractora, tampoco puede ser entendida como una infracción indirecta. Aquí el legislador claramente ha confundido el concepto de acción de indemnización por daños y perjuicios con la acción de enriquecimiento injustificado. Está claro que para la primera y segunda conducta recogidas en el Art. 138.2 TRLPI es posible ejercitar una acción de indemnización por daños y perjuicios porque están cometiendo una infracción. Sin embargo, en el tercer supuesto no podemos apreciar ninguna infracción, simplemente se está lucrando a costa del trabajo de otro sin pagar una justa remuneración.

En quinto y último lugar, debemos señalar que las exenciones previstas en la LSSICE no deben ser extensibles a los intermediarios de la sociedad de la información que cumplen todos los requisitos para ser consideradores responsables de una infracción indirecta. Estas exenciones están pensadas para intermediarios neutrales que hacen un tratamiento meramente técnico de los datos que pasan por su plataforma, algo que desde el momento en que apreciamos la presencia de una infracción indirecta no ocurre.

Sobre las alternativas a la infracción indirecta, ya en la introducción señalamos que incluir en el ordenamiento jurídico las infracciones indirectas puede tener efectos perversos sobre el mercado, siendo el más importante la pérdida de incentivos a la innovación tecnológica. Por tanto, debemos plantearnos si existen alternativas viables para sustituir las infracciones indirectas por otra institución que permita un cierto equilibrio entre la justa remuneración de los autores y los incentivos a la innovación tecnológica, el gran reto de la propiedad intelectual para el futuro más cercano.

Una alternativa factible consiste en acudir al Art. 13 de la Propuesta de Directiva sobre los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital. De esta manera, se eliminarían

las infracciones directas e indirectas del derecho de comunicación pública y se obligaría a los autores a conceder licencias en términos FRAND (Fair Reasonable And Non Discriminatory²⁴). Si el autor se negara de forma injustificada a conceder una licencia existiría la posibilidad de acudir a una autoridad pública en materia de propiedad intelectual, como por ejemplo la Comisión de Propiedad Intelectual, que mediara en el asunto y, en caso de considerarse oportuna la concesión de licencia, impusiera las condiciones de la misma. En definitiva, estaríamos ante un sistema de licencias obligatorias similar al establecido para las patentes en los Arts. 90 y siguientes de la Ley de Patentes.

Un sistema como este, supone sustituir el derecho exclusivo de comunicación al público por un derecho de mera remuneración. Evidentemente, una modificación de tal calado supondría una merma importante del derecho pero, como hemos repetido en diversas ocasiones, los derechos de propiedad intelectual no pueden entenderse como derechos dominicales absolutos, su naturaleza jurídica es bien diferente. Se trata de instrumentos que buscan el fomento de la competencia en el mercado, naturaleza jurídica que sí permite tal modificación.

Con una regulación como esta estaríamos garantizando una remuneración justa para los autores. Cuando en la introducción analizábamos el impacto económico que tiene la piratería veíamos que los distribuidores de material “pirata” al no tener que pagar una licencia pueden vender al precio de un mercado competitivo y obtener ingresos sustanciales al no tener que hacer frente a los costes de creación. Sin embargo, al existir licencias, aunque puedan vender a ese precio de mercado, el beneficio no se va a quedar en manos de los distribuidores de contenidos. De esta forma, los autores se van a aprovechar de cualquier distribución que se haga de sus obras, garantizando así una remuneración justa y adecuada. En condiciones normales, el mercado nos debería llevar a una situación de estas características, pero es probable que en ciertos casos sea necesaria la intervención del sector público para evitar abusos por parte de las partes fuertes en la relación.

Además, debemos tener en cuenta que un sistema como este garantiza un mejor acceso a la cultura. Al existir la posibilidad de que haya numerosos oferentes en el mercado conforme a sus reglas básicas del funcionamiento, los precios serán más reducidos, abriendo el mercado a más demandantes, algo que en última instancia también

²⁴ *Justas Razonables Y No Discriminatorias.*

beneficia a los autores al dar más ingresos a los distribuidores que pagan su remuneración y al reducir los incentivos a acceder a las obras en mercados de distribución ilegal.

Así mismo, no podemos olvidar otro asunto de gran importancia, si queremos reducir la piratería hasta un punto de eficiencia no basta con atacar únicamente la oferta, la demanda también tiene un efecto poderoso. De esta forma, si sigue existiendo una demanda relevante de material distribuido ilícitamente existirá un mercado para ese producto. Por tanto, si realmente queremos luchar de forma efectiva contra la piratería también habrá que castigar a las personas que acceden al material distribuido ilegalmente. Sin embargo, esto no sería en absoluto sostenible, ningún sistema judicial podría mantener tal cantidad de demandas y terminaríamos saturando nuestros tribunales aún más.

Por su puesto, lo ideal sería encontrar un sistema que permitiera eliminar de golpe toda la demanda de material distribuido de forma ilícita a un precio predatorio para los legítimos distribuidores, pero la realidad nos demuestra que conseguir un sistema de estas características todavía no está a nuestro alcance.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA.

Ames, J. B. (1908). Law and morals. Harv. L. Rev., 22, 97.

Carbajo Cascón, F. (2011). Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en internet. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, (32), 51-78.

Carbajo Cascón, F. (2014). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I). *Iustitia*, (12), 245-278.

Carbajo Cascón, F. (2016). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II)(SEGUNDA PARTE)(ESPECIAL ATENCIÓN A LA INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL A TRAVÉS DE SERVICIOS HOSTING-WEB 2-0). *Iustitia*, (13), 217-263.

Carrasco Perera, Á y Del Estal Sastre, R (2017). *Artículos 138-141*. En Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1821-1880.

Galán Corona, E. (2005). Algunas cuestiones en torno a la infracción indirecta de la marca. En *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (pp. 433-450). Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial.

Landes, W. M., y Posner, R. A. (1989). An economic analysis of copyright law. *The Journal of Legal Studies*, 18(2), 325-363.

Lemley, M. A., y Reese, R. A. (2003). Reducing digital copyright infringement without restricting innovation. *Stan. L. Rev.*, 56, 1345.

Lichtman, D., y Landes, W. (2002). Indirect liability for copyright infringement: an economic perspective. *Harv. JL & Tech.*, 16, 395.

Oddi, A. S. (1989). Contributory Copyright Infringement: The Tort and Technological Tensions. *Notre Dame L. Rev.*, 64, 47.

Sánchez Aristi, R. (2013). El papel de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información en las infracciones de la propiedad intelectual en Internet: acciones civiles y procedimiento de salvaguarda ante la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual (Ley

Sinde). En Curso de Verano URJC (1 a 5 de julio de 2013). *La propiedad intelectual: abierto por reformas*. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Sánchez Aristi, R. (2015). Responsables de la infracción (art. 138 LPI). En *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual* (pp. 347-364).

JURISPRUDENCIA.

Sentencia de la Corte Suprema de EE. UU. en el Asunto Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

Sentencia de la Corte Suprema de EE. UU. en el Asunto A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001).

Sentencia del Séptimo Circuito de Apelaciones de los EE. UU. en el Asunto In re Aimster Copyright Litigation. Appeal of: John Deep, Defendant. 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

Sentencia de la Corte Suprema de EE. UU. en el Asunto MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 2006, as. C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles, S.A.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona 41/2007, de 30 de marzo de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª de 17 de septiembre de 2008.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Barcelona 67/2010, de 9 de marzo de 2010.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2010, as. C-236/08 a C-238/08, Google France SARL, Google Inc c. Louis Vuitton Malletier SA (asunto C-236/08); Google France SARL c. Viaticum SA, Luteciel SARL (asunto C-237/08); Google France SARL c. Centre National de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin y Tiger SARL (asunto C-238/08).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª 364/2010, de 27 de abril de 2010.

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 3ª 630/2010, de 26 de octubre de 2010.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª 159/2011, de 10 de marzo de 2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª 301/2011 de 7 de julio de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011, as. C-324/09, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke,, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 1ª 530/2011, de 27 de septiembre de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, as. C-70/10 Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2012, as. C- 360/10 Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV.

Sentencia del Tribunal Supremo 172/2012, de 3 de abril de 2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, as. C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 103/2014, de 31 de marzo de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sec. 1ª 426/2014, de 12 de noviembre de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sec. 2ª 2/2016, de 5 de febrero de 2016.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 61/2016 de 15 de abril de 2016.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de A Coruña 247/16, de 22 de noviembre de 2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2017, as. C-527/15, Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems, que también actúa bajo el nombre de “Filmspeler”.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017, as. C-610/15, Stichting Brein c. Siggo BV y XS4ALL Internet BV.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 550/2017, de 4 de diciembre de 2017.

RESOLUCIONES.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006 “Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e Industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003”.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de 25 de julio de 2013.

Informe de la Comisión Nacional de Competencia al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de 4 de septiembre de 2013

Dictamen del Consejo de Estado 1064/2013 aprobado el 28 de noviembre de 2013 en el Asunto Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.